

Management Buy-out: Qualifizierte Gründung?

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|---|
| I. Einleitung | IV. Erfordert ein Management Buy-out eine qualifizierte Gründung? |
| II. Das Management Buy-out | V. Praxis |
| III. Die qualifizierte Gründung einer Gesellschaft | VI. Fazit |

I. Einleitung

Im Rahmen eines Management Buy-outs wird häufig eine neue Gesellschaft gegründet, welche den Geschäftsbetrieb oder die Beteiligungsrechte der bestehenden Gesellschaft erwirbt. Dabei stellt sich die Frage, ob bzw. wann diese Gründung qualifiziert zu erfolgen hat. Die Antwort darauf ist abhängig davon, ob es sich bei der Verkäuferschaft um Aktionäre der neu gegründeten Gesellschaft oder um diesen «nahe stehende Personen» im Sinne von Art. 628 Abs. 2 OR, welcher in seiner neuen Fassung seit dem 1. Januar 2008 in Kraft ist, handelt. Diese bislang wenig thematisierte Abgrenzungsfrage ist ausschlaggebend, ob die neue Gesellschaft einer wesentlich aufwändigeren und kostenintensiveren qualifizierten Gründung bedarf oder nicht. Die unklare Rechtslage führt bisweilen zu einer – teilweise nicht gerechtfertigten – Offenlegungspflicht und hohen Gründungskosten.

II. Das Management Buy-out

A) Begriff und Definition

Als Management Buy-out wird die Übernahme eines Unternehmens oder eines Unternehmensteils durch das Management bezeichnet. Im Gegensatz zu einem Management Buy-in, bei welchem die Übernahme durch ein externes Management erfolgt, treten beim Management Buy-out Personen, die bereits im Unternehmen tätig sind, als Übernehmer auf.

Weit verbreitet ist das Management Buy-out im Rahmen von Nachfolgeregelungen. Dies vor allem bei Familienunternehmen, bei denen keine familieninterne Nachfolgelösung gefunden werden kann und ein Verkauf an externe Dritte nicht im Vordergrund steht. Weiter werden Tochtergesellschaften oder einzelne

* Christoph Käser, Notar und Rechtsanwalt, Partner von Häusermann+Partner, und Markus Gysi, Notar und Rechtsanwalt, Mitarbeiter von Häusermann+Partner. Die Autoren

danken Dr. iur. Daniel Hürlimann, Mitarbeiter von Häusermann+Partner, für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

Divisionen infolge verschiedenster Umstrukturierungsgründe oftmals mittels Management Buy-out veräussert. In Notsituationen – wie beispielsweise bei Illiquidität – kann das Management Buy-out der einzige Weg sein, den Fortbestand des Unternehmens zu sichern.

B) Umsetzung und Ablauf des Management Buy-out

Ein Management Buy-out kann auf verschiedene Art umgesetzt werden. Ausschlaggebend ist meist die konkrete Ausgangssituation. Dabei sind in der Praxis zwei Grundkonstellationen zu unterscheiden:

1. Übernahme durch Aktienübernahme

Klassischerweise erwerben die Personen aus dem Management direkt eine 100 %-Beteiligung am ganzen zu übernehmenden Unternehmen. Sie werden dadurch selber Aktionäre und somit Eigentümer ihrer früheren Arbeitgebergesellschaft.

Das Management ist jedoch oftmals nicht in der Lage, die Finanzierung aus vorhandenen Eigenmitteln sicherzustellen. Entsprechend sind sie auf eine Fremdfinanzierung – üblicherweise durch eine Bank – angewiesen. Beim direkten Erwerb lautet der Kredit auf die Manager selber. Zur Verzinsung und Amortisation sind sie dabei regelmässig auf Bezüge aus der Gesellschaft angewiesen (Erwerbseinkommen, Dividenden, Substanzdividende). Diese Bezüge bzw. Ausschüttungen sind jedoch als Einkommen durch die Aktionäre zu versteuern, wobei speziell bei der Substanzausschüttung die nachteiligen Progressionsfolgen zu beachten sind.

Steuerlich wesentlich vorteilhafter ist der indirekte Erwerb über eine – meist neu zu gründende – Holdinggesellschaft. Die Aktien der übernehmenden Gesellschaft werden dabei nicht direkt durch das Management erworben, sondern durch eine im Eigentum des Managements stehende Holdinggesellschaft. Der Bankkredit zur Fremdfinanzierung wird in diesem Fall durch die Holding aufgenommen. Ausschüttungen (Substanz- und ordentliche Dividenden) erfolgen an die Holding, was aufgrund des Beteiligungsabzugs (Art. 69 DBG, Art. 28 Abs. 1 StHG) und des Holdingprivilegs (Art. 28 Abs. 2 StHG) keine Steuerfolgen auslöst.

Bei dieser steueroptimierten Übernahmeausgestaltung ist jedoch zu beachten, dass die Ausschüttung einer Substanzdividende innerhalb der ersten fünf Jahre nach der Veräusserung den steuerrechtlichen Tatbestand der indirekten Teilliquidation (Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG, Art. 7a Abs. 1 lit. a StHG) erfüllen kann.¹ Diesfalls wird auf der Seite der Veräusserer der Erlös nicht als steuerfreier Kapitalgewinn, sondern als steuerbares Einkommen aufgerechnet. Diese negative Folge für die Veräusserer führt zu einer Verteuerung des Übernahmepreises und ist somit auch im Interesse der Übernehmer zu vermeiden. Daher ist darauf zu

¹ Vgl. Kreisschreiben Nr. 14 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 6. November 2007.

achten, dass die allfällige Ausschüttung einer Substanzdividende erst nach Ablauf der Sperrfrist erfolgt.

2. Übernahme durch Kauf von Unternehmensteilen

In gewissen Fällen wird das zu übernehmende Unternehmen nicht vollständig übernommen, sondern nur der betriebliche Teil oder sogar nur ein Teil des Betriebs. Dieses Vorgehen wird vor allem gewählt, wenn die Gesellschaft nichtbetriebliche Liegenschaften hält, die nicht übertragen werden, oder nur ein spezifischer Betriebsteil übernommen wird. In diesem Fall bleiben die Aktien im Eigentum der bisherigen Aktionäre, das Management übernimmt einzig die betrieblichen Aktiven und Passiven aus dem Unternehmen. Veräusserin dieses (Teil-)Betriebs ist die Gesellschaft. Wirtschaftlich betrachtet sind jedoch auch hier die Aktionäre als Verkäuferschaft anzusehen. Meist wird diese Transaktion mittels einer Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG erfolgen. Übernommen wird der Betrieb oder Betriebsteil aber nicht direkt durch das Management, stattdessen erfolgt auch hier die Übernahme mehrheitlich indirekt über eine – meist neu zu gründende – Betriebsgesellschaft.

III. Die qualifizierte Gründung einer Gesellschaft

A) Ratio legis und rechtliche Konsequenz des Tatbestands der qualifizierten Gründung

Wird die Einlage bei der Gründung nicht in Geld geleistet oder mit einer Gegenleistung an die Gründer oder diesen nahe stehenden Personen verknüpft, entsteht das Risiko der ungenügenden Erfüllung der Einlageverpflichtung, da die Gründer bei der Kapitalaufbringung in einem Interessenskonflikt mit ihrer Gesellschaft stehen.² Die Vorschriften über die qualifizierte Gründung wollen verhindern, dass bereits im Gründungsstadium überbewertete Aktiven bzw. unterbewertete Passiven in die Gesellschaft eingebracht werden und damit – von allem Anfang an – nicht das ausgewiesene Haftungssubstrat vorhanden ist. Die Regelungen haben somit eine wichtige Schutzfunktion für die Aktionäre und vor allem für die Gläubiger der Gesellschaft. Neben diesem spezifischen Schutz soll auch generell dem Missbrauch des Gesellschaftsrechts durch Wirtschaftskriminelle vorgebeugt werden.³

Damit dieser Zweck erfüllt wird, schreibt das Gesetz eine Offenlegung (Art. 628 OR), erhöhte Gründerpflichten (Art. 635 OR) und eine Prüfung der eingebrachten Gegenstände durch einen zugelassenen Revisor (Art. 635a OR) vor. Diese Normen aus dem Aktienrecht sind aufgrund der Verweisnorm in Art. 777c Abs. 2 OR auch bei der Gründung einer GmbH entsprechend anwendbar.

² Vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 1 N 372.

³ Vgl. ROLF WATTER, Bemerkungen zur Unlogik der Sacheinlage- und Sachübernahme-

vorschriften im Schweizer Aktienrecht, AJP 2/1994, S. 147.

Zur Durchsetzung dieser Schutznormen weist der Gesetzgeber dem Handelsregisterführer eine Kontrollaufgabe zu, indem dieser die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen zu prüfen hat (Art. 940 OR). Auch die Gründer haben ein Interesse, dass bei einer qualifizierten Gründung alle einschlägigen Vorschriften eingehalten werden, da ansonsten der Sacheinlage- bzw. ein Sachübernahmevertrag nicht nur anfechtbar sondern gänzlich nichtig ist.⁴ Zudem vermeiden sie damit eine allfällige Belangung aufgrund der gesetzlichen Gründerhaftung (Art. 753 OR).

B) Die Sachübernahme als ein Tatbestand der qualifizierten Gründung

Die Grundfigur der qualifizierten Gründung stellt die Sacheinlage dar. Dabei erfüllt der Aktionär seine Einlagepflicht nicht in Geld, sondern durch Einbringung einer Sache. Die eingebrachte Sache muss übertragbar und aktivierbar, für die übernehmende Gesellschaft unmittelbar und unbeschränkt verfügbar und schliesslich auch verwertbar sein.⁵

Eine Sacheinlagegründung kann ohne Mühe umgangen werden, indem der Aktionär zwar seiner Einlagepflicht durch Bareinlage nachkommt, die Gesellschaft bei der Gründung aber vom Aktionär Vermögenswerte übernimmt (Sachübernahme) oder beabsichtigt, solche zu übernehmen (beabsichtigte Sachübernahme). Durch Bezahlung des Übernahmepreises fliesst das eingelegte Bargeld zum Aktionär zurück. Das Resultat, wonach der Aktionär Aktien der Gesellschaft hält und die Gesellschaft Eigentümerin der vormals dem Aktionär gehörenden Sache wird, ist nach beiden Vorgehensweisen identisch. Entsprechend hat der Gesetzgeber auch diese offensichtlichen Umgehungsvarianten unter dem Stichwort Sachübernahme als qualifizierte Gründungstatbestände geregelt.⁶

In der bis zum 1. Januar 2008 geltenden Fassung definierte der Gesetzgeber die Sachübernahme in Art. 628 Abs. 2 altOR wie folgt: «Übernimmt die Gesellschaft von Aktionären oder Dritten Vermögenswerte oder beabsichtigt sie solche Sachübernahmen, so müssen die Statuten den Gegenstand, den Namen des Veräusserers und die Gegenleistung der Gesellschaft angeben». Diese Regelung wurde in der Literatur in verschiedener Hinsicht heftig kritisiert.⁷ Ganz allgemein wird festgestellt, dass die Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften die Eigenkapitalfinanzierung gegenüber der Fremdkapitalfinanzierung benachteiligen, obwohl gerade eine Fremdfinanzierung grössere Risiken für die Aktionäre und Gläubiger haben kann.⁸ Ausserdem stellen sich verschiedene Abgrenzungsprobleme.

⁴ BGE 83 II 284 E. 4, S. 290; vgl. BSK OR II-SCHENKER, Art. 628 N 13; THIERRY SPANIOL, Sinn und Unsinn der Sachübernahme, GesKR 2/2009, S. 234.

⁵ Illustrativ BGE 119 IV 319 E. 2b/cc, S. 324.

⁶ Vgl. Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der

Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589, S. 1640.

⁷ Vgl. WATTER (Anm. 3), S. 149; LUKAS GLANZMANN, Wann liegt eine Sachübernahme vor? BGE 128 III 178 (Urteil 7B.4/2002 vom 21. März 2002), SZW 2003, S. 168; BÖCKLI (Anm. 2), § 1 N 380.

⁸ Vgl. WATTER (Anm. 3), S. 148 f.

1. Persönlicher Geltungsbereich

Anlass zur grössten Kritik in der Lehre gab die Abgrenzung in persönlicher Hinsicht, denn in der bis zum 1. Januar 2008 geltenden Fassung umfasste Art. 628 Abs. 2 altOR diesbezüglich sämtliche Geschäfte, sei es mit den Aktionären oder mit unabhängigen Dritten.⁹ Geht man davon aus, dass ein unabhängiger Dritter vertraglich der neu gegründeten Gesellschaft – zum Beispiel beim Kauf der zukünftigen Geschäftsliegenschaft – gegenübersteht, ist anzunehmen, dass der Kaufpreis vermutungsweise und grundsätzlich definitionsgemäss dem Verkehrswert entspricht.¹⁰ Folglich entspricht der gekaufte Gegenstand wertmässig auch der Gegenleistung und stellt dieser Vorgang buchhalterische einen reinen – objektiv wertmässig ausgeglichenen – Aktivtausch dar. In diesem Fall besteht somit auch kein Schutzbedürfnis für die Aktionäre oder die Gläubiger der neuen Gesellschaft, da das Grundkapital als Haftungssubstrat nicht geschmälert wird. Die gesetzliche Regelung war somit eine klassische Überregulierung, die ungerechtfertigterweise eine Offenlegungspflicht und hohe Gründungskosten für die neue Gesellschaft verursachte. Es kam sogar vor, dass Transaktionen in der Schweiz nicht durchgeführt werden konnten, weil sich die Revisionsgesellschaften bei gewissen Vermögenswerten (z. B. Aktien von Jungunternehmen oder gewissen Immaterialgüterrechten) nicht in der Lage sahen, eine Prüfungsbestätigung abzugeben.¹¹

Im Rahmen der Einführung des neuen GmbH-Rechts wurden auch im Aktienrecht gewisse Änderungen vorgenommen.¹² Die nationalrätliche Kommission nahm die Kritik an der Bestimmung von Art. 628 Abs. 2 altOR auf und ersetzte die Wendung «von Aktionären oder Dritten» durch «von Aktionären oder einer diesen nahe stehenden Person». Seit dem 1. Januar 2008 umfasst der Tatbestand somit einzig noch die wirkliche Umgehung der Sacheinlagegründung, wobei mit dem Einbezug der «nahe stehenden Person» auch hier ein konkretes Umgehungsverbot statuiert wurde. Folglich werden echte Drittgeschäfte nicht mehr vom Tatbestand der Sachübernahme erfasst.¹³

Die neue Formulierung führt jedoch zu neuen Abgrenzungsschwierigkeiten. Schon der Begriff Aktionäre bedarf unter Umständen einer gewissen Auslegung,¹⁴ wobei hier nicht weiter auf diese Problematik einzugehen ist. Weitaus grössere Schwierigkeiten ergeben sich jedoch bei der Frage, welche Personen als «nahe stehende Person» gelten. Dieser Begriff wird im Gesetz nicht näher definiert, ist aber im schweizerischen Recht nicht unbekannt und stammt ursprünglich aus dem Steuerrecht. Im Aktienrecht selber findet man ihn ausserdem in den Bestimmungen über die Rückforderungsklagen (Art. 678 Abs. 1 OR) und über die Angaben über Vergütungen, Kredite und Beteiligungen (Art. 663b^{bis} Abs. 1 Ziff. 5, Art. 663b^{bis} Abs. 3 Ziff. 3, Art. 663b^{bis} Abs. 5 und Art. 663c Abs. 3 OR). Aufgrund

⁹ Vgl. WATTER (Anm. 3), S. 149; GLANZMANN (Anm. 7), S. 168f.; BÖCKLI (Anm. 2), § 1 N 380; MARTIN WALDBURGER, Die «kleine Aktienrechtsrevision» (Teil 1): Neuerungen in den Bereichen Gründung, Organisation, Vertretung, GesKR 2007, S. 415 f.

¹⁰ Vgl. WATTER (Anm. 3), S. 149.

¹¹ Vgl. WALDBURGER (Anm. 9), S. 413.

¹² Sog. «kleine Aktienrechtsrevision», vgl. AS 2007 4791.

¹³ Vgl. BSK OR II-SCHENKER, Art. 628 N 10.

¹⁴ Eingehend zu dieser Auslegungsfrage WALDBURGER (Anm. 9), S. 414.

der bis heute fehlenden gefestigten Rechtsprechung zu dieser Abgrenzung kann einzig negativ festgehalten werden, dass jeder als «nahe stehende Person» gilt, der kein unabhängiger Dritter ist.¹⁵

Gemäss der Praxismitteilung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister (EHRA) vom 12. März 2009¹⁶ umfasst der Begriff alle Personen, die in einer engen Beziehung zu jemand anderem stehen, und zwar unabhängig davon, ob diese Beziehung persönlicher, wirtschaftlicher, rechtlicher oder tatsächlicher Natur ist. Mit dem Verweis auf die Botschaft wird darauf hingewiesen, dass etwa Verwandte, Ehe- und Lebenspartner, im Einzelfall auch Berater oder andere Vertrauenspersonen eines Aktionärs oder eines Gesellschafters als «nahe stehende Person» gelten. Darüber hinaus könne auch eine Personen- oder Kapitalgesellschaft «nahe stehend» sein, wenn der Aktionär oder Gesellschafter einen wesentlichen Einfluss auf sie hat (so namentlich aufgrund dessen Einsitz in der Unternehmensleitung oder durch das Halten einer wesentlichen Beteiligung). Gemäss Lehre fallen Personen, die lediglich der Gesellschaft oder einzelnen Organen nahe stehen, nicht darunter.¹⁷

Unabhängig von den tatsächlich vorliegenden Verwandtschaftsgraden oder Beziehungen ist für die Abgrenzung wesentlich, ob die Verkäuferschaft zu den Aktionären eine derartige Nähe aufweist, dass die Vermutung der Verkehrsmässigkeit des Übernahmepreises, welche einem Übernahmepreis unter beliebigen Dritten innewohnt, umgestossen werden kann und somit kein echtes Drittgeschäft mehr vorliegt.¹⁸

2. Sachlicher Geltungsbereich

In sachlicher Hinsicht hat das Bundesgericht – noch unter Geltung der altrechtlichen Bestimmung – in zwei Entscheiden die Sachübernahme eingeschränkt. In BGE 83 II 284 hält das Bundesgericht fest: «Dabei versteht sich von selbst, dass nicht jede geringfügige Anschaffung von Möbeln, Bureauaterial und dergl. für die künftige A.-G. eine Sachübernahme im Sinne des Gesetzes darstellt. Es muss sich um Geschäfte von grösserer wirtschaftlicher Bedeutung handeln, durch welche das Grundkapital der A.-G. geschwächt wird und die deswegen geeignet sind, auf den Kaufentschluss späterer Aktienerwerber oder die Kreditgewährung allfälliger Gläubiger einen Einfluss auszuüben¹⁹». Im Jahr 2002 entschied das Bundesgericht, dass keine Sachübernahme vorliege, wenn das jeweilige Übernahmgeschäft unbestreitbar zu den statutarischen Tätigkeiten der betreffenden Gesellschaft gehört.²⁰ Der letzterwähnte Entscheid stiess in der Literatur auf grosse Verwunderung und Kritik.²¹ Zwar ist das Ergebnis im speziellen Einzelfall nachvollziehbar, jedoch nicht mit der allgemeinen Begründung, dass sämtliche Geschäfte, die unter den Gesellschaftszweck fallen, keine Sachübernahmen i. S. v. Art. 628 Abs. 2 altOR sind. Dies schon nur mit Blick auf den geltenden Grund-

¹⁵ Vgl. WALDBURGER (Anm. 9), S. 414.

¹⁶ Vgl. Praxismitteilung EHRA 1/09 vom 12. März 2009, Ziff. 9.

¹⁷ Vgl. WALDBURGER (Anm. 9), S. 415.

¹⁸ Gl. M. WALDBURGER (Anm. 9), S. 415.

¹⁹ BGE 83 II 284 E. 3c, S. 289.

²⁰ BGE 128 III 178 E. 4c, S. 179.

²¹ Vgl. PETER FORSTMOSER, Eine neue Ära im Recht der Sachübernahme? Kritische Bemerkungen zu BGE 128 III 178, REPRAX 3/2003, S. 1 ff.; GLANZMANN (Anm. 7), S. 166 ff.

satz, dass der Verwaltungsrat nur Geschäfte vornehmen darf, die unter den Gesellschaftszweck fallen. Entsprechend wurde die präjudizielle Wirkung dieses Entscheides von Anfang an angezweifelt.

Fraglich ist, ob die vom Bundesgericht im Entscheid BGE 83 II 284 aufgestellten Kriterien auch unter dem neu definierten persönlichen Geltungsbereich, wie er nun seit dem 1. Januar 2008 gilt, zur Anwendung kommen. Dies dürfte nicht mehr der Fall sein. Einerseits ist die diesbezügliche Rechtsprechung vom Bundesgericht ausdrücklich vor dem Hintergrund der damals viel zu weit gefassten Gesetzesbestimmung entstanden. Durch die sinnvolle Anpassung des persönlichen Geltungsbereichs erübrigen sich grundsätzlich Ausnahmen im sachlichen Geltungsbereich. Andererseits war es auch die Absicht des Gesetzgebers – namentlich der nationalrätlichen Kommission –, mit der neuen Regelung die bundesgerichtliche Rechtsprechung in diesem Punkt zu korrigieren und klar zu stellen, «dass alle Geschäfte zwischen Gesellschaft und Aktionärinnen bzw. Aktionären und ihnen nahestehenden Personen offen gelegt werden müssen, wenn sie den Charakter von Sachübernahmen haben».²² Aus praktischen Gründen ist jedoch zu hoffen, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend Geschäften mit geringer wirtschaftlicher Bedeutung doch zumindest im Sinne einer De-minimis-Regelung weitergeführt wird. Als Orientierungshilfe für eine solche Ausnahmeregelung könnte Art. 718b OR dienen, welcher Insichgeschäfte mit Leistungen unter CHF 1000.– von einem Formerfordernis ausnimmt.²³

3. Zeitlicher Geltungsbereich

In zeitlicher Hinsicht hielt das Bundesgericht bereits früh fest, dass auch Geschäfte den Tatbestand erfüllen können, bei denen das Verpflichtungsgeschäft erst nach der Gründung unterzeichnet wird, «wohl aber <einigermassen feste Absichten für die nächste Zukunft und eine fast sichere Aussicht auf Verwirklichung derselben besteht»».²⁴

Genauere Kriterien zur Klärung der Frage, wie konkret die Absicht sein bzw. – negativ formuliert – wie viel Zeit zwischen Gründung und Übernahme verstreichen muss, damit keine Sachübernahme mehr vorliegt, fehlen jedoch.

IV. Erfordert ein Management Buy-out eine qualifizierte Gründung?

Diese Frage stellt sich in zwei Konstellationen: Einerseits bei der Gründung der Holdinggesellschaft, falls das Management die Aktien der zu übernehmenden Gesellschaft indirekt erwirbt. Andererseits bei der Gründung der neuen Betriebsgesellschaft, die betriebliche Aktiven und Passiven von einem bestehenden Unternehmen herauskauft.

²² AB N 2005 105.

²³ Vgl. WALDBURGER (Anm. 9), S. 416.

²⁴ BGE 83 II 284 E. 3a, S. 288, unter Berufung auf ZHK OR-SIEGWART, V/5a, Art. 628 N 55; vgl. GLANZMANN (Anm. 7), S. 169.

Erfolgt die Übernahme der Aktien bzw. der betrieblichen Aktiven und Passiven nicht zur Tilgung der Einlagepflicht der Aktionäre, ist der Tatbestand der qualifizierten Gründung mittels Sacheinlage nicht erfüllt.

Zu Prüfen bleibt, ob der Tatbestand der qualifizierten Gründung durch (beabsichtigte) Sachübernahme erfüllt ist. Trotz Fortbestand der erwähnten Abgrenzungsproblematik²⁵ kann festgehalten werden, dass in beiden Konstellationen meist die Voraussetzungen der Sachübernahme sowohl in sachlicher als auch in zeitlicher Hinsicht – jedenfalls im Sinne der obigen Ausführungen – erfüllt sind. In den allermeisten Fällen stellen die zu übernehmende Beteiligung bzw. die zu übernehmenden Aktiven das einzige Aktivum der neu zu gründenden Gesellschaft dar. Die Übernahme ist somit klarerweise eine wirtschaftlich bedeutende Investition für die neue Gesellschaft, was zu einer potentiellen Schwächung des Grundkapitals führen kann. Zudem wird diese Gesellschaft einzig zum Zweck der beabsichtigten Übernahme gegründet, oftmals sogar erst, wenn der entsprechende Übernahmevertrag fertig ausgehandelt und unterzeichnungsbereit ist. Doch selbst wenn die Verhandlungen im Gründungszeitpunkt noch nicht vollumfänglich abgeschlossen sind, sind die zeitlichen Kriterien des Bundesgerichts als erfüllt anzusehen, wonach eine einigermassen feste Absicht des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts in nächster Zukunft und die fast sichere Aussicht auf Verwirklichung desselben gegeben sein müssen²⁶.

Genauer zu prüfen ist, ob die beiden Fälle auch in persönlicher Hinsicht als eine Sachübernahme im Sinne der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Gesetzesfassung zu qualifizieren sind. Bei dieser Prüfung müssen jedoch die konkreten Ausgestaltungsvarianten der Transaktion berücksichtigt werden.

A) Grundkonstellation

Die klassische Grundkonstellation liegt vor, wenn die Veräusserer der zu übernehmenden Gesellschaft einerseits nicht Aktionäre der Holding- bzw. der Betriebsgesellschaft werden und andererseits das übernehmende Management bisher keine Aktien an der zu übernehmenden bzw. veräussernden Gesellschaft gehalten hat. In diesen Fällen übernimmt die Holding- bzw. Betriebsgesellschaft somit keine Vermögenswerte ihrer Aktionäre. Daher ist die erste Tatbestandsvariante der Sachübernahme gemäss Art. 628 Abs. 2 OR nicht erfüllt.

Zur Erfüllung des Tatbestands der Sachübernahme müssten somit die bisherigen Aktionäre bzw. die bisherige Arbeitgebergesellschaft selber, also Veräusserer, als dem bisherigen Management und Aktionären der Holding- bzw. Betriebsgesellschaft «nahe stehende Person» im Sinne des Gesetzes gelten.

Aufgrund des bisherigen Arbeitsverhältnisses zwischen dem Management und der Gesellschaft steht das übernehmende Management offensichtlich in einer engeren Beziehung zu den Veräusserern bzw. der Veräusserin. Meist besteht das bisherige Arbeitsverhältnis bereits seit Jahren und kennen sich die involvierten Personen sehr gut. Als Teil der Unternehmensleitung können die Erwerber zudem

²⁵ Vgl. III.B) hiervor.

²⁶ Vgl. III.B) hiervor.

grundsätzlich Einfluss haben auf die Art und Weise sowie den Zeitpunkt der Veräußerung. Fraglich ist jedoch, ob diese Art von Beziehung alleine ausreicht, damit rechtlich die bisherigen Aktionäre bzw. die bisherige Arbeitgebergesellschaft als «nahe stehende Person» der Aktionäre der Holding- bzw. Betriebsgesellschaft gelten.

Bei der Beurteilung dieser Frage muss der Normzweck von Art. 628 Abs. 2 OR im Zentrum stehen. Mit dem Einbezug der «nahe stehenden Person» wollte der Gesetzgeber die offensichtlichste Umgehung der Sachübernahmebestimmungen verhindern. Es darf nicht davon abhängen, ob der zu übernehmende Vermögenswert den Aktionären selber gehört oder rechtlich zwar im Eigentum eines Dritten steht, die Aktionäre jedoch die wirtschaftlich Berechtigten daran sind. Einziges Kriterium ist daher, ob die Aktionäre selber einen persönlichen und direkten Vorteil aus der Veräußerung einer Sache an ihre Gesellschaft ziehen könnten und so das Risiko besteht, dass die anderen Aktionäre oder die Gläubiger der Gesellschaft in ungerechtfertigter Weise geschädigt werden.

Die ratio legis hinter allen Bestimmungen über die qualifizierte Gründung ist wie erwähnt der Schutz der Aktionäre und der Gläubiger vor dem ungerechtfertigten Abfluss des Grundkapitals der Gesellschaft durch Übernahme eines überzahlten Vermögenswerts. Doch gerade beim Management Buy-out kennen die Übernehmer aufgrund ihrer bisherigen Managertätigkeit das Übernahmeobjekt sehr genau. Mit diesen Insiderkenntnissen können sie wohl die genaueste Bewertung – soweit überhaupt möglich – vornehmen. Ein überhöhter Übernahmepreis würde ihren eigenen Interessen zuwiderlaufen und einzig den bisherigen Aktionären der Gesellschaft wirtschaftliche Vorteile bringen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass gerade das Management das Übernahmeobjekt nicht überzahlt. Entsprechend entsteht bezüglich Einlagen auch kein Interessenskonflikt zwischen den Gründern der Holding- bzw. Betriebsgesellschaft und ihrer Gesellschaft selbst.²⁷ Folglich besteht für die Aktionäre und vor allem auch für die Gläubiger der neu zu gründenden Holding- bzw. Betriebsgesellschaft kein diesbezügliches Schutzbedürfnis.

Selbstverständlich ist es möglich und in der Praxis nicht unüblich, dass bei einem Management Buy-out der Übernahmepreis unter dem Verkehrswert angesetzt und damit dem bisherigen Management ein gewisses Entgegenkommen gewährt wird. Eine solche Abweichung vom Verkehrswert ist jedoch mit Blick auf den Aktionärs- und Gläubigerschutz absolut unbedenklich.

Aufgrund der obigen Ausführungen kann die Vermutung, dass die Aktien bzw. der (Teil-)Betrieb zum objektiven Verkehrswert veräußert werden, nicht umgestossen werden. Folglich sind die bisherigen Aktionäre bzw. die Gesellschaft nicht allein aufgrund der Tatsache, dass das Management bisher in leitender Stellung für die Gesellschaft tätig war, als dem übernehmenden Management «nahe stehende Person» i. S. v. Art. 628 Abs. 2 OR zu qualifizieren. Das bisherige Arbeitsverhältnis bzw. die Tätigkeit in der Unternehmensleitung als solche sind somit noch nicht ausschlaggebend für die Annahme der vom Gesetz geforderten

²⁷ Vgl. III.A) hiavor.

Nähe zwischen Veräusserer und Aktionär der übernehmenden Gesellschaft. Beim Vorliegen dieser Grundkonstellationen ist somit die Forderung nach einer qualifizierten Gründung der Holding- bzw. Betriebsgesellschaft nicht gerechtfertigt.

B) Besondere Konstellationen

Vielfach unterscheidet sich die konkrete Umsetzung eines Management Buy-outs jedoch von der beschriebenen Grundkonstellation.²⁸ Die Vielfalt denkbarer Abweichungen verunmöglicht eine abschliessende Beurteilung der einzelnen Varianten. Anhand der nachfolgenden Beispiele kann jedoch aufgezeigt werden, wie sich bestimmte Abweichungen auf das Erfordernis der qualifizierten Gründung auswirken.

1. Das Management hält bereits vor der Übernahme Mitarbeiteraktien an der bisherigen Arbeitgebergesellschaft

Es kommt vor, dass das Management bereits vor der Übernahme Mitarbeiteraktien der Arbeitgebergesellschaft hält.

a) Gründung einer Holdinggesellschaft

Für den Fall, dass das Management die Arbeitgebergesellschaft indirekt über eine neu zu gründende Holdinggesellschaft übernimmt, muss weiter unterschieden werden, ob die bereits erworbenen Mitarbeiteraktien in die Holding eingebracht werden oder nicht.

Werden die bisherigen Mitarbeiteraktien zur Tilgung der Liberierungsschuld der gezeichneten Holdingaktien eingebracht, liegt klarerweise eine Sacheinlage i. S.v. Art. 628 Abs. 1 OR vor. Die Holdinggesellschaft muss folgerichtig qualifiziert gegründet werden. Die Gründung hat auch qualifiziert zu erfolgen, falls die Mitarbeiteraktien zwar nicht als Sacheinlage eingebracht, sondern bei der Gründung von der Holdinggesellschaft übernommen werden oder diese Übernahme beabsichtigt wird. Diesfalls ist der Tatbestand der Sachübernahme erfüllt.

Werden die gehaltenen Mitarbeiteraktien jedoch nicht in die Holding eingebracht, sondern verbleiben weiterhin im direkten Eigentum des Managements, ist analog der oben erwähnten Grundkonstellation zu entscheiden.²⁹ Die Veräusserer sind nicht als «nahe stehende Person» i. S.v. Art. 628 Abs. 2 OR zu qualifizieren und somit muss keine qualifizierte Gründung der Holding erfolgen.

b) Gründung einer Betriebsgesellschaft

Übernimmt das Management – indirekt über eine zu gründende Betriebsgesellschaft – von der bisherigen Gesellschaft den Betrieb oder Teile davon und ist an dieser durch Mitarbeiteraktien beteiligt, ist es Teileigentümer der Veräusserin.

Das Management ist somit sowohl Aktionär der übertragenden wie auch der übernehmenden Gesellschaft und daher wirtschaftlich betrachtet sowohl Veräusserer als auch Übernehmer. In diesem Fall ist es nicht von der Hand zu weisen,

²⁸ Vgl. IV.A) hiervor.

²⁹ Vgl. IV.A) hiervor.

dass das Management möglicherweise ein Interesse an einem hohen, über dem Verkehrswert liegenden Übernahmepreis hat, was zu einer potentiellen Gefährdung des Grundkapitals der neu zu gründenden Betriebsgesellschaft führt. Die veräußernde Gesellschaft gilt hier als dem Management «nahe stehende Person» und die Betriebsgesellschaft ist entsprechend qualifiziert zu gründen.

2. Das Management hält bereits vor der Übernahme treuhänderisch Aktien der bisherigen Arbeitgebergesellschaft

Neben den geschilderten Konstellationen, in welchen das Management Mitarbeiteraktien hält, kommt es immer noch vor, dass das Management aufgrund der altrechtlichen Norm von Art. 707 Abs. 1 altOR³⁰ treuhänderisch Aktien der Arbeitgebergesellschaft hält. Dieser treuhänderische Besitz führt zwar zur rechtlichen Eigentümerstellung des Treuehmers, wirtschaftlich berechtigt ist jedoch weiterhin einzig der Treugeber.

Wirtschaftlich betrachtet ist das Management somit in keinem Interessenskonflikt, wenn diese treuhänderisch gehaltenen Aktien auf die neue Gesellschaft übertragen werden. Aus rechtlicher Sicht übernimmt jedoch bei der Gründung einer Holdinggesellschaft diese vom Aktionär Vermögenswerte oder beabsichtigt eine solche Übernahme, was streng nach dem Gesetzeswortlaut eine qualifizierte Gründung bedingt.

Nach der Streichung der Bestimmung über die Pflichtaktien der Verwaltungsräte besteht kein Grund mehr, dass das Management Aktien der Arbeitgebergesellschaft treuhänderisch hält. Entsprechend kann die ganze Thematik betreffend die qualifizierte Gründung durch frühzeitige Auflösung des Treuhandverhältnisses und Rückgabe der treuhänderisch gehaltenen Aktien vermieden werden.

3. Organstellung der bisherigen Aktionäre der Arbeitgebergesellschaft in der neu zu gründenden Holding- oder Betriebsgesellschaft

Es kommt in der Praxis ab und an vor, dass bisherigen Aktionären der Arbeitgebergesellschaft bei der übernehmenden Gesellschaft eine formelle oder faktische Organstellung eingeräumt wird. Damit soll einerseits vermieden werden, dass infolge der Übernahme wichtiges Knowhow verloren geht, andererseits besteht gelegentlich ein Bedürfnis der bisherigen Aktionäre, ein gewisses Mass an Kontrolle über die übernehmende Gesellschaft auszuüben. Diese Kontrollfunktion ist vor allem dann begründet, wenn der Übernahmepreis nicht vollumfänglich bezahlt, sondern mindestens teilweise durch Gewährung eines Darlehens getilgt wird.

Können aufgrund der eingeräumten Kontrollfunktion die Veräußerer bzw. Veräußerin als «nahe stehende Person» i. S.v. Art. 628 Abs. 2 OR qualifiziert werden? Auch hier ist die Frage ausgehend von der ratio legis zu beantworten.

³⁰ Art. 707 Abs. 1 altOR: «Der Verwaltungsrat der Gesellschaft besteht aus einem oder

mehreren Mitgliedern, die Aktionäre sein müssen».

Entscheidend ist die konkrete Ausgestaltung der Kontrollfunktion. Wird den bisherigen Aktionäre eine Stellung eingeräumt, wodurch sie auch seitens der Übernehmerin den Übernahmevertrag beeinflussen können, so besteht die Gefahr, dass aufgrund ihrer eigenen finanziellen Interessen ein zu hoher Übernahmepreis vereinbart wird. Entsprechend bestünde ein latentes Risiko fürs Grundkapital. Dies wäre offensichtlich zu bejahen, wenn beispielsweise den bisherigen Aktionären eine Einzelzeichnungsberechtigung in der neuen Gesellschaft eingeräumt würde, was jedoch in der Praxis kaum der Fall sein wird.

Folglich muss aufgrund der Intensität der konkret ausgestalteten formellen oder faktischen Organstellung im Einzelfall geprüft werden, ob die bisherigen Aktionäre als dem Management und den Aktionären der Übernehmerin «nahe stehende Person» i. S. v. Art. 628 Abs. 2 OR zu qualifizieren sind.

V. Praxis

Die per 1. Januar 2008 erfolgte Änderung von Art. 628 Abs. 2 OR ist sicherlich zu begrüßen. Mit der Aufnahme der «nahe stehenden Person» in die Bestimmung über die Sachübernahme wurde jedoch ein undefinierter und noch wenig konkretisierter Begriff ins Gesetz aufgenommen. Es besteht deshalb weiterhin eine Rechtsunsicherheit, die auch durch die publizierte Praxismitteilung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister³¹ nur bedingt beseitigt wurde.

Gerade bei der Umsetzung eines Management Buy-outs führen diese Rechtsunsicherheit und die gravierenden Nichtigkeitsfolgen dazu, dass eine neu zu gründende Holding- bzw. Betriebsgesellschaft im Zweifelsfall – trotz der damit verbundenen Offenlegungspflicht und den hohen Kosten – qualifiziert zu gründen ist.

VI. Fazit

Management Buy-outs bedingen häufig die Gründung einer neuen Gesellschaft. Im Vordergrund steht die Gründung einer Holdinggesellschaft oder einer Betriebsgesellschaft. Dabei stellt sich die Frage, ob eine reine Bargründung zulässig ist oder ob eine (beabsichtigte) Sachübernahme vorliegt und die Gründung entsprechend qualifiziert durchzuführen ist. Die Antwort ist meist abhängig davon, ob die bisherigen Aktionäre bzw. die bisherige Arbeitgebergesellschaft als dem Management «nahe stehende Person» im Sinne von Art. 628 Abs. 2 OR zu qualifizieren sind.

Rein die Tatsache, dass das Management bisher in leitender Stellung für die Arbeitgebergesellschaft tätig war, vermag die für die Qualifikation verlangte

³¹ Vgl. Praxismitteilung EHRA 1/09 vom 12. März 2009, Ziff. 9.

Nähe nicht zu begründen. Die bisherigen Arbeitsverhältnisse alleine führen nicht dazu, dass die bisherigen Aktionäre bzw. die Arbeitgebergesellschaft als dem Management «nahe stehende Person» i. S.v. Art. 628 Abs. 2 OR zu qualifizieren sind. Entsprechend kann die neue Gesellschaft durch reine Bargründung errichtet werden.

Anders zu entscheiden ist, wenn das Management bereits an der bisherigen Arbeitgebergesellschaft beteiligt war. Auch wenn es sich nur um eine untergeordnete Beteiligung handelt, ist der Tatbestand von Art. 628 Abs. 2 OR meist erfüllt und die Gründung hat qualifiziert zu erfolgen. Fraglich ist die Situation, wenn die Aktien nur treuhänderisch gehalten wurden, beispielsweise infolge Pflichtaktien des Verwaltungsrats nach altem OR. Differenziert und im konkreten Einzelfall zu beurteilen ist die Situation, wenn die bisherigen Aktionäre in der neuen Gesellschaft eine formelle oder faktische Organstellung einnehmen.

Aufgrund fehlender Gerichtsentscheide und der vom Bundesgericht festgestellten Nichtigkeit des Übertragungsvertrags bei Nichteinhaltung der Vorschriften zur qualifizierten Gründung empfiehlt es sich, im Zweifelsfall qualifiziert zu gründen.

Résumé

Les rachats d'entreprise par les salariés (Management Buy-outs) impliquent fréquemment la constitution de nouvelles sociétés. La fondation d'une société holding figure au premier plan, cette dernière reprenant les participations dans la société existante. Une société d'exploitation, à laquelle la gestion ou certains de ses aspects sont confiés, peut également entrer en ligne de compte suivant les circonstances.

Une question est régulièrement soulevée dans ce contexte, soit celle de savoir si une fondation simple, avec une libération du capital en espèces, est admissible ou si, en présence d'une reprise de biens (envisagée), la forme qualifiée doit être appliquée. Il s'agit donc de déterminer si la société nouvellement constituée reprend des biens ou envisage la reprise de biens d'ac-

tionnaires/associés ou de personnes qui leur sont proches (art. 628 al. 2 CO). Le simple fait que les actionnaires de la nouvelle société aient auparavant exercé des fonctions dirigeantes au sein de la société à reprendre ne permet pas encore de conclure à une relation «proche» avec les actionnaires. La société ou ses associés ne sauraient en effet être qualifiés de personnes proches des actionnaires/associés sur la seule base de leur activité antérieure. La nouvelle société peut dès lors être fondée par voie d'apports en espèces.

Il en va différemment lorsque les actionnaires ou les associés de la société nouvellement constituée étaient déjà actionnaires ou associés de la société à reprendre. Même s'il ne s'agissait que d'une participation mineure, l'état de fait décrit à l'Art. 628 al. 2

CO est réalisé et la fondation doit être effectuée sous une forme qualifiée. La situation est incertaine lorsque les actions étaient détenues fiduciairement, notamment des actions déposées par les administrateurs en vertu de l'ancien droit des obligations. Compte tenu de la nullité du contrat de transfert recon-

nue par le Tribunal fédéral en cas de non-respect des dispositions prévues pour la fondation qualifiée, il est recommandé d'y recourir dans le doute.

*(trad. par
lic. iur. Nicholette Rusca, OFRC)*